

## LA FILOSOFÍA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN AMÉRICA

Michel Rosenfeld\*

### I. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA TEORÍA Y EN LA PRÁCTICA



A libertad de expresión no sólo es el más apreciado de todos los derechos constitucionales de América, sino también uno de sus mayores símbolos culturales <sup>1</sup>. La preeminencia de la libertad de expresión en el panorama constitucional refleja que el país mantiene ampliamente una preferencia de la libertad sobre la igualdad. Por otro lado, su prominencia cultural deriva de la concepción, profundamente enraizada, de los Estados Unidos como *la* tierra de la oportunidad para todos aquellos que han sido perseguidos en su país de origen debido a sus ideas y creencias, y de la idealización del ciudadano americano como

---

\* Michel ROSENFELD es *Justice Sydney L. Robins Professor of Human Rights* en la Benjamin N. Cardozo School of Law de la Yeshiva University de Nueva York. Traducción de Javier DORADO PORRAS, Profesor A. E. U. de la Universidad Carlos III de Madrid.

<sup>1</sup> Vid. Lee BOLLINGER, *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, p. 7 (1986).

un sujeto extraordinariamente individualista que conquista toda clase de nuevas fronteras.

Como derecho constitucional, la libertad de expresión parece mucho más extendida en los Estados Unidos que en otras democracias. De hecho, la quema de la bandera <sup>2</sup>, el discurso xenófobo <sup>3</sup>, la ruda parodia sexual de un cura protestante conocido nacionalmente <sup>4</sup>, y la publicación en un periódico de información diplomática clasificada susceptible de afectar adversamente las negociaciones de paz entre Vietnam del Norte y Estados Unidos <sup>5</sup>, se han declarado constitucionalmente protegidos por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Además, como icono cultural, la libertad de expresión se ha extendido aún más ya que se invoca frecuentemente en el contexto de asuntos meramente privados, a pesar de que como derecho legal sólo puede utilizarse frente a restricciones impuestas por el Estado.

La libertad de expresión es, esencialmente, libertad frente al Estado, frente a la intrusión colectiva y frente a la subordinación del individuo a la sociedad, formando así la piedra de toque de la libertad negativa <sup>6</sup>, que se encuentra en el núcleo de la relación ideal entre el ciudadano americano y su gobierno. De hecho, la ideología americana, que se centra en la filosofía lockeana de los derechos naturales, considera que los derechos fundamentales derivan de una sociedad organizada preexistente y que dependen más de la protección *frente* al Estado que de su promoción por éste. De acuerdo con esta creencia de que los derechos fundamentales son más un límite al Estado que un elemento que necesite de la intervención de éste, la Constitución original de los Estados Unidos, de 1787, no recogió ninguna disposición sobre la libertad de expresión o la mayoría de los derechos fundamentales. Fue sólo debido al miedo a que el Estado pudiese exceder sus limitados poderes constitucionales por lo que la libertad de expresión se constitucionalizó cuatro años después como el primer derecho incluido en el *Bill of Rights* de 1791 <sup>7</sup>. Pero incluso entonces, la libertad de expresión

---

<sup>2</sup> Vid. *Texas vs. Johnson*, 491 U. S. 397 (1989).

<sup>3</sup> Vid. *R. A. V. vs. City of St. Paul*, 505 U. S. 377 (1992).

<sup>4</sup> Vid. *Hustler Magazine vs. Falwell*, 485 U. S. 46 (1988).

<sup>5</sup> Vid. *New York Times Co. vs. United States* (The Pentagon Papers Case), 403 U. S. 713 (1971).

<sup>6</sup> Para una amplia y esclarecedora discusión sobre la distinción entre libertad negativa y positiva, Vid. Isaiah BERLIN, «Two Concepts of Liberty», en su *Four Essays on Liberty* (1969).

<sup>7</sup> El *Bill of Rights* lo componen las diez primeras enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos, y la libertad de expresión, así como la libertad religiosa y la libertad de prensa quedaron garantizadas por la Primera Enmienda a la Constitución de 1787.

se definió en términos de una prohibición contra la interferencia del gobierno, más que en términos de la imposición de un deber positivo del gobierno de asegurar que sus ciudadanos estén protegidos en sus esfuerzos por recibir y transmitir ideas <sup>8</sup>.

A pesar de la creencia americana, profundamente asentada, de que la libertad de expresión es un bien virtualmente ilimitado y de la visión firmemente mantenida de que es más probable que un gobierno activo haga más daño que bien, en la práctica, la libertad de expresión ha recibido mucha menos protección de la que parecería justificado esperar de la teoría precedente. Por ejemplo, muchas de las leyes del siglo XX que pretendían suprimir o criminalizar ideas socialistas o comunistas fueron declaradas constitucionales <sup>9</sup>, limitando así el discurso político, normalmente aceptado como legítimo en la mayoría de las democracias Occidentales. También, contrariamente a las creencias libertarias, se interpretó que la libertad de expresión no se extendía al material obsceno o pornográfico, entendido tan ampliamente como para provocar, en la década de los años treinta, un intento del gobierno de prohibir el *Ulysses* de James Joyce <sup>10</sup>. Más recientemente, el Tribunal Supremo mantuvo la constitucionalidad de la censura de un monólogo de radio considerado «indecente» y «ofensivo» aunque no «obsceno» <sup>11</sup>.

Más allá de estas discrepancias entre la teoría y la práctica, la afirmación de que la limitación del gobierno es el mejor medio de maximizar la libertad de expresión es muy cuestionable. En otras palabras, una libertad de expresión puramente negativa no asegura el flujo de libre información más amplio posible. Por ejemplo, de cara a la alta concentración en la propiedad de los medios de comunicación impresos y electrónicos, una política obstencionista del gobierno puede ayudar a que fuertes intereses privados restrinjan el flujo de información dirigido al público.

Las observaciones precedentes indican claramente que debajo del enfoque distintivo de la libertad de expresión en los Estados Unidos se

---

<sup>8</sup> La Primera Enmienda establece, en la parte relevante, que «El Congreso no hará ninguna ley (...) restringiendo la libertad de expresión, o de prensa (...)».

<sup>9</sup> Vid., por ejemplo, *Debs vs. United States*, 249 U. S. 211 (1919); *Gitlow vs. New York*, 268 U. S. 652 (1925); y *Dennis vs. United States*, 341 U. S. 494 (1951).

<sup>10</sup> Sin embargo, la supresión del libro por el gobierno fue anulada por una decisión judicial muy influyente que rompió con el estándar predominantemente usado hasta entonces en los casos de obscenidad. Vid. *U. S. vs. One Book Called «Ulysses»*, 5 F. SUPP. 182 (S.D.N. Y. 1933), *aff'd*, 72 F. 2d 705 (2.º Cir. 1934).

<sup>11</sup> Vid. *FCC vs. Pacifica Foundation*, 438 U. S. 726 (1978).

esconde una compleja interacción entre historia, filosofía y política que lleva a varias paradojas y contradicciones. En lo que sigue, me centraré brevemente en esta interacción para conseguir una mayor apreciación de la peculiaridad del enfoque americano de la libertad de expresión, y de sus virtudes y defectos. Así, empezaré con un vistazo rápido a la historia y la filosofía, para proceder después con un par de ejemplos más concretos.

## II. EL NEXO ENTRE LA HISTORIA Y LA FILOSOFÍA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Aunque la libertad de expresión es hoy la primera libertad de América y el más omnipresente de sus derechos constitucionales, éste no era el caso en el pasado. De hecho, hasta la Primera Guerra Mundial, el Tribunal Supremo no empezó a lidiar en serio con un número cada vez mayor de casos sobre la libertad de expresión. Es más, aunque los casos de libertad de expresión han tenido un lugar en el firmamento constitucional americano desde 1791, las justificaciones normalmente ofrecidas en su apoyo han evolucionado con el tiempo. Similarmente, se han avanzado en apoyo de la libertad de expresión diferentes justificaciones filosóficas, y éstas han producido visiones contradictorias sobre la concreta naturaleza y el alcance de los legítimos derechos de expresión. En términos amplios, uno puede distinguir cuatro fases diferentes dentro de la historia de la libertad de expresión que, en el paso de una a otra, conducen a cambios significativos en el significado y función de dicha libertad. Hay también cuatro justificaciones filosóficas principales de la libertad de expresión, que no se corresponden necesariamente con las cuatro fases históricas, sino que más bien se entrelazan y solapan con ellas. Esto da lugar a un panorama complejo al que sólo se evocará en sus rasgos más generales.

La primera fase histórica de la libertad de expresión data de la Guerra de Independencia de 1776 contra Inglaterra y de la adopción del *Bill of Rights*. En la primera fase, el propósito principal de la libertad de expresión era proteger a la gente frente al gobierno<sup>12</sup>. Sin embargo, una vez que la democracia se estableció firmemente en los Estados Unidos, la principal amenaza para la libertad de expresión no era tanto el gobierno como «la

---

<sup>12</sup> Vid. Lee BOLLINGER, *The Tolerant Society*, *Supra*, p. 144.

tiranía de la mayoría». Así, en la segunda fase, la libertad de expresión pretendía, por encima de todo, proteger a los defensores de visiones impopulares frente a la cólera de la mayoría <sup>13</sup>. La tercera fase, que cubre aproximadamente el período entre mitad de la década de los cincuenta y finales de los ochenta, corresponde a un período de los Estados Unidos en el que muchos pensaron que había un fin de la ideología <sup>14</sup> que conducía a un amplio consenso sobre valores esenciales <sup>15</sup>. Así, la tercera fase está marcada por un gran conformismo y la función principal de la libertad de expresión pasa de eliminar las barreras a los que *hablan* a asegurar que los que *escuchan* permanecen imparciales <sup>16</sup>. Finalmente, con la rápida expansión de la teoría feminista, la teoría crítica racial y otros discursos alternativos que empezaron en los ochenta –los cuales atacaban el discurso principal y oficial como un discurso dominado inherentemente por el individuo varón y blanco– emergió una creencia muy firme en la pluralización y la fragmentación del discurso. De manera acorde con esta creencia, el papel principal de la libertad de expresión en la cuarta fase es la protección de los discursos oprimidos y marginados y de sus defensores frente a las tendencias hegemónicas de los discursos de los poderosos <sup>17</sup>.

Sólo la primera de estas cuatro fases supone inequívocamente una concepción de la libertad de expresión como una libertad negativa. Las fases segunda y tercera son, al menos en teoría, igualmente compatibles tanto con la libertad negativa como con la libertad positiva. Por ejemplo, dependiendo de las circunstancias, la tiranía de la mayoría puede evitarse simplemente prohibiendo la interferencia en la expresión de las visiones de la minoría, o por el contrario, puede necesitar la promoción por el gobierno de la expresión de tales visiones para evitar que sean coartadas por la mayoría. De igual forma, ante la cerrazón y la conformidad, puede ser suficiente privar a las audiencias apáticas de los medios para excluir desafíos inquietantes, o puede ser imposible alcanzar tales audiencias sin situar sobre ellas voces disonantes que no se quieren escuchar. Finalmente, la fase cuarta parece absolutamente incompatible con una libertad puramente negativa,

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> *Vid.*, por ejemplo, Daniel BELL, *The End of Ideology* (1965).

<sup>15</sup> *Vid.* Lee BOLLINGER, *The Tolerant Society*, *supra*, pp. 143-144.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> *Vid.*, por ejemplo, Mary MATSUDA, et al., eds., *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and The First Amendment*, (1993); and Katharine MACKINNON, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* (1987).

puesto que requiere alguna intervención gubernamental para contrarrestar el imperialismo del discurso dominante y dar voz a las necesidades más fundamentales de los discursos alternativos.

El bosquejo hecho hasta ahora se complica aún más debido, al menos, a dos factores importantes. En primer lugar, a pesar de que el significado de la libertad de expresión evoluciona de una fase a otra, la función que se identifica en cada una de ellas no desaparece simplemente por el paso de una fase a la siguiente. De hecho, la función en cuestión sobrevive de una fase a otra, aunque está destinada a perder su papel predominante. Por ejemplo, el paso de la primera a la segunda fase no supone la eliminación de todas las amenazas gubernamentales al discurso o el fin de toda necesidad de protección frente a la censura del gobierno. Es probable que las amenazas del gobierno continúen en la segunda fase –y de la misma forma, en todas las fases siguientes– pero seguramente supongan una amenaza menor a la libertad de expresión que la realización política de la tiranía de la mayoría.

La segunda complicación surge de la yuxtaposición de las cuatro fases históricas con las justificaciones filosóficas concurrentes de la libertad de expresión. En otras palabras, cuando se tienen en cuenta todas las permutaciones posibles entre las diferentes fases y las diferentes justificaciones filosóficas, la naturaleza legítima y el alcance de los derechos de libertad de expresión pueden mostrar tantas variables que es virtualmente imposible alcanzar un consenso amplio. Esto explica porqué aunque prácticamente todo el mundo defiende la libertad de expresión en América, hay todavía tan amplios desacuerdos sobre lo que la libertad de expresión debería abarcar.

Nos podemos referir a las cuatro justificaciones filosóficas principales de la libertad de expresión en los Estados Unidos como la justificación basada en la democracia, la justificación basada en el contrato social, la justificación basada en la búsqueda de la verdad y la justificación basada en la autonomía individual<sup>18</sup>. Como veremos, cada una de estas justificaciones atribuye un diferente grado de legitimidad a la libertad de expresión. Además, incluso las diferentes versiones de cada justificación representan cambios en los contornos que separan el discurso que exige protección del que puede ser constitucionalmente restringido.

---

<sup>18</sup> Para una amplia discusión de las justificaciones de la libertad de expresión que se solapa y difiere a la vez de lo que se mantiene aquí, *Vid.* Frederick SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982).

La justificación basada en la democracia se centra en la convicción de que la libertad de expresión desempeña una función indispensable en el proceso de autogobierno democrático <sup>19</sup>. Sin la libertad para comunicar y recibir ideas, los ciudadanos no pueden desempeñar con éxito la tarea de autogobernarse democráticamente. De acuerdo con esto, la libertad de expresión necesita extenderse al discurso político, pero no más allá. Es decir, aunque el discurso político puede definirse de forma estricta –abarcando sólo el discurso explícitamente político– o amplia –incluyendo toda expresión que pueda considerarse como relevante para el proceso político de toma de decisiones <sup>20</sup>–, la justificación basada en la democracia no exige la protección de amplias áreas de discurso, como la expresión artística, por ejemplo, que no muestran ningún nexo con la toma de decisiones políticas. Estrictamente, la justificación basada en la democracia no requiere ni siquiera la protección de todo discurso político. De hecho, si el fin primordial es la protección de la democracia, parece que al menos puede mantenerse que el discurso antidemocrático y las visiones extremistas no pueden servir a ningún propósito útil y que por lo tanto no necesitan protegerse <sup>21</sup>.

La justificación basada en el contrato social es similar en muchos aspectos a la basada en la democracia, pero ambas no tienen necesariamente por qué proteger áreas del discurso equivalentes en alcance. La justificación basada en el contrato social, que en el fondo es de naturaleza procedimental, difiere, en un aspecto importante, de las otras tres. Bajo la justificación basada en el contrato social, las instituciones políticas fundamentales son legítimas si son justificables en términos de un acuerdo real o hipotético entre todos los miembros de la sociedad relevante <sup>22</sup>, y los cambios principales en tales instituciones deben hacerse sólo a través de tales acuerdos. Según esto, deben protegerse todas las ideas necesarias para que los miembros del contrato social tomen decisiones informadas y justifiquen la consideración de dicha decisión como obligatoria. Cualquier justificación basada en el contrato social, al igual que la democracia, depende de una cierta discusión libre de las ideas y de intercambios libres. Sin embar-

---

<sup>19</sup> El principal exponente de esta visión fue Alexander MEIKLEJOHN. Vid. su *Free Speech and its Relation to Self-Government* (1948).

<sup>20</sup> El propio MEIKLEJOHN tenía una concepción amplia del discurso político.

<sup>21</sup> Por supuesto, puede mantenerse que es más probable que la tolerancia de visiones extremistas y antidemocráticas fortalezca la democracia, en lugar de debilitarla. Sin embargo, desde el punto de vista de la justificación basada en la democracia, la visión contraria es al menos plausible.

<sup>22</sup> Vid., por ejemplo, John RAWLS, *A Theory of Justice*, pp. 11-12 (1971).

go, al contrario que la justificación basada en la democracia, la basada en el contrato social no puede excluir *ex ante* ninguna visión que, aunque incompatible con la democracia, pueda ser relevante para que los miembros del contrato social tomen la decisión de llevarlo a cabo o para que acuerden cualquiera de los términos del mismo. Así, mientras que desde el punto de vista de la justificación basada en la democracia puede denegarse legítimamente la protección al discurso extremista, esto no puede hacerse en el contexto de la justificación basada en el contrato social. De hecho, a menos que los posibles miembros del contrato social tengan acceso a todas las opciones disponibles —y el acuerdo de rechazar la democracia cuenta claramente como tal opción—, cualquier contrato resultante no produciría obligaciones en la medida que cualesquiera miembros del contrato hubieran rehusado formar parte del acuerdo relevante hasta que tuvieran pleno conocimiento de todas las opciones disponibles.

La justificación basada en (la búsqueda de) la verdad tiene su origen en la filosofía utilitarista de John Stuart Mill. Según Mill, el descubrimiento de la verdad es un proceso que descansa en el juicio y error y que requiere una discusión desinhibida <sup>23</sup>. La justificación por Mill de una libertad de expresión muy amplia, se importó a la jurisprudencia constitucional americana por el juez Oliver Wendell Holmes y pasó a conocerse como la justificación de la libertad de expresión basada en el mercado de las ideas <sup>24</sup>. Esta justificación, que ha tenido gran influencia en Estados Unidos desde entonces <sup>25</sup>, se basa finalmente en la firme creencia de que es más probable que la verdad prevalezca cuando se mantiene una discusión abierta (incluso si tal discusión promueve involuntariamente falsedades en el curso del proceso) que a través de cualquier medida que tenga la intención de erradicar las falsedades del discurso por completo.

La firme defensa de la libertad de expresión realizada por Mill tiene sus raíces en su creencia optimista en el progreso social. Confiaba en que finalmente la verdad vencería sobre la falsedad, aunque temporalmente ganase esta última. Mill creía que incluso una opinión que es directamente dañina para algunos debería permanecer sin limitar a menos que condujese a una *incitación* a la violencia. En suma, la amplia justificación de la libertad de expresión de Mill se traduce en lo siguiente: los beneficios a largo

---

<sup>23</sup> Vid. John STUART MILL, *On Liberty* (1859).

<sup>24</sup> Vid. *Abrams vs. United States*, 250 U. S. 616, 630 (1919) (Voto particular del juez Holmes).

<sup>25</sup> Vid. Frederick SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, *supra*, pp. 15-16.



plazo (en relación con la verdad y el progreso social) de una discusión desinhibida están destinados a superar la suma de los daños atribuibles a las expresiones que no inciten a la violencia.

Aunque la *justificación* de Holmes de la libertad de expresión es muy similar a la de Mill, sus *razones* para aceptar el libre mercado de las ideas son contrarias a las de Mill. Al contrario que éste, Holmes estaba influenciado por el escepticismo y el pesimismo y expresaba grandes dudas sobre la posibilidad de la verdad. Debido a esto, Holmes defendía el libre mercado de las ideas por motivos pragmáticos. Puesto que la mayoría de las opiniones ampliamente mantenidas son eventualmente falsas, es más probable que la limitación de la libertad de expresión se base en una idea falsa que lo contrario. En este sentido, Holmes creía que el libre mercado de ideas podría reducir los daños a través de dos consecuencias distintas: reduciría la probabilidad de que las opiniones fueran innecesariamente suprimidas debido a su falsedad; y fomentaría que la mayoría de la gente, que tiende obstinadamente a mantener ideas sin valor o dañinas por creer que son verdad, desarrollara una duda saludable <sup>26</sup>.

Ni Mill ni Holmes apoyaban una libertad de expresión absoluta. Mill justificaba la supresión de las opiniones que incitasen a la violencia, mientras que Holmes se negaba a extender la protección a las opiniones que supusiesen un «peligro claro y presente» para los ciudadanos, como gritar *fuego*, a sabiendas de la falsedad de tal alarma, en un teatro lleno de gente causando así el pánico <sup>27</sup>. En el fondo, la «incitación» y la creación de un «peligro claro y presente» son la misma cosa: ambas tienden más a producir una acción dañina que un mayor grado de discurso y, por tanto, socavan el funcionamiento pacífico del mercado de las ideas.

La justificación basada en la verdad elabora un dominio más amplio de protección del discurso que la justificación basada en la democracia y, posiblemente, la basada en el contrato social. No sólo las ideas políticas, sino la expresión artística y cualquier expresión que pueda en realidad contribuir al descubrimiento de la verdad o al desenmascaramiento de la falsedad, merece protección. En realidad, incluso el discurso extremista merecería protección en cuanto que puede conducir a la verdad si se contrasta detalladamente. El discurso extremista sólo puede suprimirse, de acuerdo con la justificación basada en la verdad, cuando es más propenso a provo-

<sup>26</sup> Vid. *Abrams vs. United States*, 250 U. S. 616, 630 (1919).

<sup>27</sup> Vid. *Schenk vs. United States*, 249 U. S. 47 (1919).

car una violencia inmediata que a excitar el debate. Aunque hay quien mantiene que algunas categorías de la expresión, como la pornografía, no son merecedoras de protección en cuanto que es improbable que contribuyan a la verdad, la determinación de si una expresión particular debería protegerse por la justificación basada en la verdad, depende de factores contextuales. En realidad, gritar fuego, a sabiendas de que es mentira, en campo abierto, probablemente produzca una respuesta más calmada que si se hace en un teatro lleno de gente. Finalmente, cuando la protección de la expresión se liga al mercado de las ideas, la libertad de expresión se muestra sobre todo como una libertad negativa.

La cuarta justificación de la libertad de expresión, la basada en la autonomía, difiere de las tres precedentes en que es primordialmente una justificación centrada en el individuo, mientras que las otras son sobre todo justificaciones colectivas. La democracia, la paz social y la armonía que se buscan con el contrato social, y la búsqueda de la verdad, son bienes colectivos diseñados para beneficiar a la sociedad como un todo. En contraste con esto, la autonomía individual y el bienestar que produce la propia expresión son siempre, presumiblemente, un beneficio para el individuo en cuestión, sin producir necesariamente en muchos casos ningún bien social.

La justificación basada en la autonomía se fundamenta en la convicción de que la autonomía individual y la dignidad exigen la protección de todas las formas de autoexpresión<sup>28</sup>. En tanto en cuanto toda clase de expresiones —comprensibles o no— incluyendo la pornografía, pueden ser el producto de la necesidad de autoexpresión, la libertad de expresión encuentra su más amplio alcance dentro de la justificación basada en la autonomía.

En su concepción original, la justificación basada en la autonomía parece exclusivamente interesada en la necesidad de autoexpresión de los *emisores*. Así, el discurso extremista y xenófobo debería protegerse tanto como cualquier otro discurso en tanto en cuanto también sirve a las necesidades de autoexpresión. Sin embargo, centrarse exclusivamente en los *emisores*, puede afectar negativamente a la autonomía y dignidad de ciertos *receptores*. Además, esto puede resultar especialmente grave en la cuarta fase, donde el discurso dominante que emerge como autoexpresión de los poderosos amenaza la dignidad e integridad de los disidentes, cuyas voces

---

<sup>28</sup> Vid. Ronald DWORKIN, *Taking Rights Sseriously* (1977); David RICHARDS, «Free Speech and Obscenity Law: Toward a Moral Theory of the First Amendment», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 123, 1975, p. 45 (1975).

son coartadas o ignoradas. Desde el punto de vista de las víctimas y disidentes, por tanto, es probable que la justificación basada en la autonomía dependa de limitaciones a la autoexpresión de aquellos cuyo discurso tiende a ser opresivo. En suma, la justificación basada en la autonomía se expande sobre un espectro más amplio, extendiéndose desde el más penetrante enfoque del *laissez-faire* hasta una estancia altamente intervencionista, diseñada para equiparar el terreno de los discursos dominantes y aquellos que han sido marginados.

Incluso con este breve resumen sobre las cuatro fases de la libertad de expresión y las cuatro justificaciones de la misma, se hace claro que cualquier intento de establecer el alcance concreto de los derechos de libertad de expresión se ve amenazado con serias dificultades que inevitablemente mostrarán varias contradicciones y paradojas. Excepto en la primera fase, donde el objetivo dominante es aislar a los ciudadanos de la censura o intimidación gubernamental, donde claramente nos encontramos con la libertad negativa, y donde el conflicto entre las cuatro justificaciones resulta en la pregunta de si la libertad de expresión debería extenderse exclusivamente al discurso político o ampliarse más allá, las permutaciones posibles son tan numerosas que no puede emerger un panorama claro. Esto se verá aún mejor cuando consideremos los dos ejemplos concretos del discurso xenófobo y de la protección del flujo de información de cara a la concentración en la propiedad de los medios de comunicación.

### III. EL DISCURSO XENÓFOBO Y LA PARADOJA DE LA TOLERANCIA

El discurso xenófobo proporciona un ejemplo singularmente apto porque representa el doloroso problema filosófico de la «paradoja de la tolerancia»<sup>29</sup> y porque la amplia protección de este tipo de discurso en la jurisprudencia americana está en contraposición con la jurisprudencia de otras democracias constitucionales<sup>30</sup>. La paradoja de la tolerancia surge como

<sup>29</sup> Vid. Karl POPPER, *The Open Society And Its Enemies*, vol. I, p. 265 n. 4 (5.ª ed, 1966).

<sup>30</sup> Compárese, por ejemplo, *R. A. V. vs. City of St. Paul*, 505 U. S. 377 (1992) (donde la criminalización de ciertas formas de discurso xenófobo se consideró inconstitucional), *Collin vs. Smith*, 578 F. 2d 1197 (7.º Cir.), cert. denegado 439 U. S. 916 (1978) (donde se mantuvo que una marcha neo-nazi en un barrio judío con numerosos supervivientes del holocausto estaba constitucionalmente protegida), y *Brandenburg vs. Ohio*, 395 U. S. 444 (1969) (en la que la «defensa» de la violencia con-

una consecuencia de tolerar al intolerante <sup>31</sup>. En una sociedad tolerante, el intolerante puede obtener ventaja de la amplia protección de las opiniones de puntos de vista racistas y extremistas. Y si estos puntos de vista son persuasivos para una audiencia lo suficientemente amplia, el intolerante puede estar en posición de ascender al poder y erradicar la tolerancia. Aquí está la paradoja: ¿Exige la tolerancia que se extienda la protección a todos? ¿O debe, una sociedad tolerante, protegerse a sí misma y ser intolerante con los intolerantes?

La respuesta de Karl Popper es que una sociedad tolerante debe ser intolerante con los intolerantes si es para asegurar su autopreservación. Por el contrario, la jurisprudencia americana promueve la idea de que el discurso xenófobo merece protección constitucional en tanto en cuanto no cruce la línea que distingue entre «defensa» de la violencia e «incitación» a la misma. Esta posición, además, puede defenderse plausiblemente desde el punto de vista de las tres primeras fases de la libertad de expresión y de, al menos, tres de las cuatro justificaciones de la misma. En el contexto de la primera fase, siempre que el discurso xenófobo no sea propagado por el gobierno, debería ser protegido. Lo mismo ocurre bajo la segunda fase, siempre que los que proponen el discurso xenófobo permanezcan en minoría, como ha ocurrido con respecto a ciertas formas de discurso xenófobo como la propaganda nazi a lo largo de la historia de los Estados Unidos. En la tercera fase, además, la exposición de este tipo de discurso puede terminar teniendo un efecto beneficioso sobre la mayoría del público, en cuanto que le fuerza a ir más allá del mero conformismo, y luchar contra ideas perturbadoras y molestas <sup>32</sup>. El discurso xenófobo sólo sería inaceptable, y la solución a la paradoja de la tolerancia compatible con la de Popper, en la cuarta fase.

El discurso xenófobo puede merecer protección bajo la justificación basada en la democracia si esta última se interpreta ampliamente de tal forma que incluya todas las visiones que puedan tener alguna relevancia

---

tra negros y judíos hecha por el Ku Klux Klan —aunque cercana a la «incitación»— se consideró como constitucionalmente protegida), con el caso Canadiense *Regina vs. Keegstra*, 3 S. C. R. 697 (1990) (donde se mantuvo la constitucionalidad de la criminalización del discurso xenófobo antisemita).

<sup>31</sup> Para un análisis más extenso de esta paradoja, Vid. Michel ROSENFELD, «Extremist Speech and The Paradox of Tolerance», *Harvard Law Review*, vol. 100, 1987, p. 100 (book review).

<sup>32</sup> Esta idea ha sido elaborada por Lee BOLLINGER en *The Tolerant Society*, *supra*. Según BOLLINGER, los conformistas suelen abstenerse del debate de ideas, pero la exposición de la propaganda racista ofensiva puede sacarles de su apatía y proporcionar una oportunidad para infundirles las virtudes de la autorrestricción.

concebible para la autodeterminación política <sup>33</sup>. Si no es así, este discurso no cabría bajo esta justificación en tanto en cuanto no contribuye en nada a la toma democrática de decisiones entendida en sentido estricto. Una razón similar de protección, aunque ligeramente más amplia, puede hacerse bajo la justificación basada en el contrato social. Además, como se discutirá más adelante, puede aportarse una razón igualmente seria desde el punto de vista del libre mercado de las ideas bajo la justificación basada en la verdad. Finalmente, la razón más fuerte surge bajo la justificación basada en la autonomía, en tanto que se relacione con los *emisores*, aunque la mejor razón para mantener la protección deriva de la misma justificación cuando se relaciona con los *receptores*, y particularmente con aquellos, de entre estos últimos, que se incluyen entre las víctimas o disidentes.

La protección concreta del discurso xenófobo en América, siempre que no resulte en una incitación a la violencia inmediata, se basa en el mantenimiento de un libre mercado de ideas adecuado para la búsqueda de un debate de los asuntos públicos «desinhibido, robusto y abierto» <sup>34</sup>. Puesto que el discurso xenófobo puede combatirse con puntos de vista opuestos difundidos a través del discurso, es preferible tolerarlo que suprimirlo y hacerlo clandestino, siendo entonces más peligroso. Para un optimista seguidor de Milliano, la protección de este tipo de discurso no es más que una parte o faceta de la discusión necesaria para llegar a la verdad. De esta forma, la tolerancia del discurso xenófobo se liga a su repudiación eventual y no debe ser eliminada. Para un pesimista seguidor de Holmes, por otro lado, la tolerancia de este discurso probablemente no conducirá a la verdad, pero, no obstante, debe garantizarse desde un punto de vista pragmático, puesto que es más probable que una mayor discusión sea menos dañina que una censura amplia, basándose en la incapacidad de separar lo posiblemente verdadero de los probablemente falso.

Después de los horrores del holocausto y los ejemplos demasiado frecuentes de genocidio y «limpieza étnica» que han tenido lugar desde el final de la Segunda Guerra Mundial, el optimismo de Mill parece claramente fuera de lugar <sup>35</sup>. Por otro lado, incluso si la propaganda racista no

---

<sup>33</sup> En este sentido, la razón más fuerte para la protección de la libertad de expresión bajo esta justificación surge en el contexto de una situación de la tercera fase.

<sup>34</sup> Este lenguaje es el de la sentencia *New York Times Co. vs. Sullivan*, 376 U. S. 254, 270 (1964).

<sup>35</sup> Esta visión es la mantenida por el Tribunal Supremo Canadiense en su decisión en *Keegstra*, *supra*.

supone un «peligro claro y presente» de violencia, sus efectos a largo plazo pueden ser bastante perniciosos tanto para la moral de sus víctimas como para las actitudes de aquellos que aunque no son atacados por ella son expuestos a la misma <sup>36</sup>. Bajo tales circunstancias, la tolerancia del discurso xenófobo basada en el punto de vista pragmático del pesimista Holmesiano conduce a una parálisis frente a lo que, con toda probabilidad, es una expresión altamente dañina, seguramente por miedo a ser demasiado estricto. Para cualquiera que se tome en serio las pretensiones de los proponentes de la cuarta fase, tal posición ni es finalmente aceptable ni debe ser pragmáticamente garantizada <sup>37</sup>. En suma, al menos en el caso del tratamiento constitucional del discurso xenófobo, la fuerte ideología americana de la libertad de expresión parece ser claramente contraria al buen juicio.

#### IV. LIBERTAD NEGATIVA Y LA DISEMINACIÓN DE LAS OPINIONES A TRAVÉS DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

La concentración de la propiedad de los medios de comunicación ha supuesto otro serio desafío a la ideología de la libertad de expresión en América. Específicamente, tal concentración supone amenazas al flujo del mayor número posible de opiniones diferentes a través de los medios y perjudica por tanto al funcionamiento de un verdadero mercado libre de ideas. Puesto que los medios de comunicación americanos están abrumadoramente en manos privadas, y ya que las normas constitucionales sobre libertad de expresión son sólo aplicables a los *agentes* estatales, la libertad negativa es en gran medida insuficiente como instrumento para satisfacer las necesidades de información de las audiencias de los medios. Aunque el Tribunal Supremo ha decretado que es constitucionalmente posible el establecimiento de ciertas medidas limitadas de libertad positiva diseñadas para proporcionar más opiniones a las audiencias de los medios <sup>38</sup>, y aunque muchos

---

<sup>36</sup> Vid. F. HAIMAN, *Speech and Law in a Free Society* (1981), p. 91 (donde se observa que el discurso racista de Hitler facilitó su acceso al poder).

<sup>37</sup> Para una discusión de este último punto, Vid. Michel ROSENFELD, *Just Interpretations: Law Between Ethics and Politics* (1998), pp. 187-190.

<sup>38</sup> Vid. *Red Lion Broadcasting Co. vs. FCC*, 395 U. S. 367 (1969) (donde se mantuvo la constitucionalidad del establecimiento de una obligación de los propietarios de medios privados de radio-difusión de presentar en ellos los asuntos controvertidos de importancia pública).

autores progresistas han defendido que la libertad de expresión depende hoy del establecimiento de límites a las empresas privadas y no sólo a los *agentes* estatales <sup>39</sup>, la predilección de los americanos por la libertad negativa se ha usado con éxito para combatir la apertura de los mercados de información dominados por manos privadas <sup>40</sup>. Esta situación paradójica (en muchas formas) se debe, en gran medida, a una falta de reconocimiento de que cualquier regulación de libertad de expresión no puede desconectarse de ciertas consideraciones sobre la igualdad <sup>41</sup>. En último término, la libertad de expresión y el mantenimiento de un flujo de información adecuado depende de la reconciliación de la libertad de expresión con la igualdad, lo cuál es bastante improbable hasta que la influencia de la libertad negativa no sea suficientemente atenuada.

Como última consideración, debe decirse que las complejidades que han surgido en el curso de estas páginas ilustran el a veces amplio abismo que separa la teoría, la práctica y la realidad relativas a la libertad de expresión en América. El desafío propuesto por los defensores de la cuarta fase aún no se ha encarado, pero incluso cuando se analice plenamente, se mostrará como un desafío difícil. Por otro lado, como indica el último ejemplo relativo a los medios de comunicación, los viejos pilares —la libertad negativa y la metáfora del mercado de las ideas— no parecen ya adecuados o suficientes para llevar a cabo aquello para lo que fueron diseñados.



<sup>39</sup> Vid, por ejemplo, Owen FISS, «Free Speech and Social Structure», *Iowa Law Review*, vol. 71, 1986, p. 105.

<sup>40</sup> Por ejemplo, debido a la presión de numerosas empresas privadas de radiodifusión, que mantenían que la regulación del gobierno diseñada para diversificar los puntos de vista expresados en éstas violaba sus derechos de libertad de expresión, la regulación considerada constitucional en *Red Lion*, *supra*, fue derogada en 1987 bajo la administración de Reagan. Vid. *Syracuse Peace Council vs. Television Station WTVH*, 63 Rad. Reg. 2d 541 (FCC 1987).

<sup>41</sup> Vid. Ken KARST, «Equality as a Central Principle in the First Amendment», *University of Chicago Law Review*, vol. 43, 1975, p. 20.